

CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: LIMITES, SOLUÇÃO JUSTA E LEGITIMIDADE

Arnaldo Boson Paes*

RESUMO

Busca-se aqui um modelo crítico de direito em que este é compreendido como instrumento de transformação da realidade em que está inserido. Dentro dessa linha, apresenta-se uma idéia do direito, aborda-se o “dogma” da separação dos poderes e demonstra-se que hoje tem-se reconhecido que os juízes atuam na criação do direito. Admite-se que a jurisprudência é importante fonte do direito que serve para dar vida, dinamismo e garantir a evolução do ordenamento. Demonstra-se que o reconhecimento da dimensão criativa da atividade judicial não deve ignorar que o juiz não está livre de vínculos, porquanto a atividade interpretativa possui limites. Reconhece-se que, no direito, há várias possibilidades interpretativas, cabendo ao julgador atuar na busca da solução justa, ou seja, a adequada para o caso concreto. Por fim, demonstra-se que existem outras formas de legitimação, que, no tocante à atividade do juiz, baseia-se no fato de na sua função estar cumprindo os princípios e valores da constituição e pela observância das garantias do devido processo legal.

Palavras-chave: Direito. Criação judicial. Interpretação. Limites. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

A criação judicial do direito é objeto de intensa divergência no âmbito da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica. Conquanto predominante o entendimento de que o juiz, através das decisões, exerce nítida função criadora, há posições contrárias, ao argumento de que o ato judicial, ao resolver o conflito de interesses, nada cria, limitando-se a aplicar direito preexistente.

Surge, então, o questionamento acerca do papel dos juízes no processo de interpretação. A indagação consiste em saber se os juízes, ao decidirem, criam direito novo. E, em caso afirmativo, em que grau e com que intensidade as decisões judiciais criam e modificam o direito.

* Desembargador-Presidente do TRT da 22ª. Região (Piauí). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Direitos Sociais pela *Universidad Castilla-La Mancha*, Espanha (UCLM).

E mais: quais os limites da criação do direito pelo juiz? Se da interpretação podem resultar várias soluções, de que forma o juiz deve proceder para encontrar a resposta justa no caso concreto? Se os juízes não são eleitos, qual a fonte de legitimação democrática do direito judicial?

Muitos juristas negam a criação judicial do direito com o fundamento de que a decisão judicial implica simples e pura declaração de direito preexistente. Ao decidir uma lide, o juiz apenas declararia o direito, mas nunca o criaria. Dinamarco (2003, p. 42) ensina que o juiz não cria a norma do caso concreto, limitando-se as sentenças a revelar as situações jurídicas, não exercendo nenhuma criação, pois direitos e obrigações preexistem ao processo. No pensamento estrangeiro, nesse sentido, sobressai a opinião do francês Lévy-Bruhl (1997, p. 68), o qual é categórico ao afirmar que a jurisprudência não pode ser uma fonte de direito, uma vez que a missão do juiz consiste na aplicação da lei, não na criação de norma de direito.

Essa concepção funda-se no postulado político-jurídico da separação dos poderes do Estado e no argumento de que a lei é a verdadeira fonte formal do direito, sempre criada pelo legislador e entregue aos tribunais para aplicá-la através de mero silogismo. Dentro desse raciocínio, passa a defender a absoluta submissão do julgador à lei e acredita que, admitir o poder criativo da função judicial, implicaria aceitar a usurpação do poder legislativo e a instalação do “governo dos juízes”.

Projetou-se essa doutrina por influência do pensamento de Montesquieu o qual vê como atribuição dos juízes “o dever de mera conservação, e não criação do direito”. Estes não haveriam de ser “senão a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor”. Seriam “seres privados de alma” que necessitariam apenas “dos seus olhos” para o exercício da função. O juiz teria, portanto, função meramente técnica, subserviente, modesta, reduzida à aplicação acrítica da lei, reproduzindo mecanicamente os caprichos do legislador. (MONTESQUIEU, 1964 *apud* AZEVEDO, 1996, p. 112).

Essa concepção liberal, além de considerar o poder de julgar “de certo modo nulo”, constrói o mito da onipotência do legislador, atribuindo a este poder pleno, exclusivo e ilimitado para a criação do direito. Os atos de interpretar e aplicar o direito nada teriam de criativo, porquanto implicariam tão-somente a declaração da norma jurídica existente no sistema em estado latente. Mesmo decidindo por analogia, ou por equidade, o juiz não criaria o direito, pois simplesmente estaria interpretando e aplicando a norma existente de forma expressa ou implícita no ordenamento jurídico.

Nega essa concepção o poder político dos juízes e desconhece a legitimação que estes possuem para proteger eficazmente os direitos, o que reflete a concepção do juiz aplicador mecânico da lei. Agindo como mero serviçal que realiza o silogismo

perfeito de subsunção dos fatos à norma, o juiz seria alheio à interpretação dos juízos de valor, pois haveria de adotar atitude axiomática, avalorativa.

Esse pensamento atribui à interpretação caráter apenas declaratório, rechaçando a criação judicial por meio do processo de individualização ou concretização da norma geral. Funda-se na idéia de que a jurisprudência não é fonte de direito, na medida em que o juiz não é legislador, não sendo a jurisdição atividade criativa de direitos.

No entanto, predomina, sobretudo entre os autores estrangeiros, a postura favorável à criação judicial do direito. Tal postura é adotada por autores como Larenz (1997), Cappelletti (1999), Siches (1956), Kelsen (1999), Cruet (1956), Sanchís (1993) e Fernandez (1980). No Brasil, dedicaram-se ao tema e admitem a função criadora do juiz, autores como Azevedo (1989, 1996), Wolkmer (2000) e Coelho (1997).

O objetivo da presente investigação, portanto, é descaracterizar a figura do juiz passivo e escravo da lei, rechaçando o mito do juiz que simplesmente representa *la bouche de la loi*, idealizado por Montesquieu (2002), introjetado no imaginário coletivo e que sobreviveu por quase dois séculos de cultura jurídica. Nesse sentido, será possível demonstrar, como faz Ross (1970 *apud* GARCIA, 1996, p. 61), que “la norma jurídica concreta em la que se traduce la decisión, es siempre creación, em el sentido de que no es una mera derivación lógica de reglas dadas”.

Investigar o papel criativo da decisão judicial exige, desde logo, uma idéia prévia do direito, demonstrando que este somente pode ser pensado no contexto social em que está inserido e visto como algo dinâmico, flexível, mutável, que conduz à realização da justiça no caso concreto. Entrelaçado a essa questão, necessário abordar as relações entre direito e poder, objetivando desvelar o “dogma” da separação dos poderes, que tem levado ao equívoco de considerar que o legislador detém o monopólio da produção jurídica, rechaçando, por esse viés, a possibilidade de o Judiciário assumir a politicidade e de atuar de forma prospectiva e transformadora, desempenhando ativamente a condição de poder político do Estado.

Para entender a evolução do pensamento jurídico acerca do papel atribuído aos juízes no desenvolvimento do direito, cumpre examinar o poder criativo do juiz através dos pensadores do Direito contemporâneo, concluindo neste ponto com o reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito. A parte final é reservada a investigar alguns aspectos que constituem o centro de gravidade da criação judicial do direito. No contexto, são examinados os limites à criatividade judicial, o raciocínio e a justificação necessários na busca da solução justa no caso concreto e, por fim, é abordada a temática da legitimação democrática do direito judicial.

2 UMA IDÉIA DO DIREITO

A história do direito é também a história da incessante busca de seu ser ontológico. O que, afinal, é o direito? Para Larenz (1997, p. 4), “o Direito é um objecto por demais complexo”. O senso comum concebe o direito como o conjunto de normas previamente estabelecidas destinadas a regular as situações tidas como relevantes pela ordem jurídica. Essa acepção centra o direito na norma, elaborada e integrada ao ordenamento jurídico, sendo este estático e cabendo ao intérprete a função de investigar a “vontade do legislador” ou o “espírito da lei”.

A noção de direito, geralmente aceita, está diretamente vinculada à concepção juspositivista. Como decorrência dessa postura predomina a idéia de que o direito corresponde ao conjunto de normas jurídicas postas pelo Estado ou, quando menos, às que por ele são reconhecidas como válidas. Nessa noção cristaliza-se a identificação do direito com o denominado **direito positivo**.

O direito, então, é definido em função da coação. Mas o direito não pode se basear na mera imposição coercitiva. Não podem as normas representar apenas a vontade de um poder. Necessário que sejam tidas por legítimas para seu acatamento e respeito. E é nessa busca de legitimidade que o direito passa a ser apresentado como algo que se encontra acima e além da história, e que independe dos valores vigentes no grupo social, cujas condutas se propõe a regular.

Nessa linha, a norma é considerada jurídica independentemente de critérios político-axiológicos, sendo irrelevante para sua qualificação seu conteúdo, se é justa ou injusta, legítima ou ilegítima. Essa visão pura e axiomática esconde forte conteúdo ideológico, na medida em que legitima a ordem jurídica posta, sem questionar os objetivos e valores que procura encobrir. Essa concepção passa a se refletir diretamente na idéia do direito, na medida em que este não será senão o direito positivo, posto pelo Estado.

Na realidade, o Juspositivismo defende a análise do direito por si mesmo, construído a partir de normas e de conceitos que ele próprio edifica. Não admite nenhum juízo sobre a validade do próprio direito nem permite a valoração acerca da legitimidade daquele que se intitula autorizado a editar as normas, impondo a idéia de que dimanam exclusivamente do Estado e assim devem ser recebidas, aceitas e cumpridas. Enfim, identifica lei e direito, como se aquela envolvesse completamente este.

Essa concepção está marcada por profundo conteúdo ideológico, que intenta encobrir as relações de poder. No dizer de Barroso (2001, p. 271), “o direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social”.

O caráter ideológico do direito decorre do fato de estar comprometido com uma concepção ilusória de mundo que emerge das relações concretas e antagônicas. É, portanto, a projeção normativa que tem a função de instrumentalizar princípios ideológicos e as formas de controle do poder de um certo grupo social.

Necessário então revelar a ideologia que oculta a realidade para que se possa ter uma adequada idéia do direito. A ideologia do Juspositivismo identifica-se com o Formalismo-normativista do direito positivo que não admite crítica à injustiça do aparato normativo, por entender que o problema da injustiça da norma escapa ao âmbito jurídico e, por este viés, reduz o direito à ordem posta.

O Formalismo-normativista desenvolveu-se a partir do modelo de direito concebido por Kelsen, que, ao construir sua **Teoria pura do direito**, intentou excluir do conhecimento jurídico tudo o que não pertencesse ao seu objeto, pretendendo “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 1999, p. 1). O pensamento kelseniano, ao buscar a “purificação” do direito, terminou afastando os seus fundamentos filosóficos e sociais; reduziu o saber jurídico a uma teoria da norma e o direito foi circunscrito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo.

Lyra Filho (2000, p. 30), ao examinar a ideologia do Juspositivismo, adverte que este assimila o direito à ordem estabelecida e proclama que a ordem jurídica contempla toda justiça possível ou que o problema da injustiça da norma não é jurídico, daí conceber o justo como o ordenado. Objeta que, desse modo, as normas passam a constituir o completo direito, que são

as normas da classe dominante, revestindo a estrutura social estabelecida, porque a presença de outras normas – de classe ou grupos dominados – não é reconhecida, pelo positivismo, como elemento jurídico, exceto na medida em que não se revelam incompatíveis com o sistema – portanto, único a valer acima de tudo e todos – daquela ordem, classe e grupos prevaletentes.

Em sua abordagem, Lyra Filho (2000) afirma que, quando o positivista fala em direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e à prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social impõem e rotulam como direito. E realmente procede a crítica deste autor. A lição da história já demonstrou que o direito não se contém todo nas leis.

Assim, o Juspositivismo passa a defender que uma norma é válida quando se integra no sistema lógico constituído pelo conjunto de outras normas válidas, tendo como pressuposto apenas sua elaboração segundo critérios estabelecidos por

outras normas. Estas são consideradas normas superiores, não em função de seu conteúdo, mas tendo em vista o grau de hierarquia que ocupa no ordenamento jurídico, fazendo com que a validade de uma norma passe a residir na sua legalidade.

Nesse contexto, o Juspositivismo vai restringir cada vez mais o direito ao direito positivo, isto é, ao direito do Estado. Com essa visão, não admite sequer juízo acerca da validade das normas ou sobre a legitimidade da fonte de que provém o direito. As leis, formalmente postas pelo poder estatal, **são dadas** e como tal devem ser recebidas e aceitas. (AZEVEDO, 1989, p. 24).

Esta, a ideologia do Juspositivismo. Ora, como fenômeno histórico, social e concreto, o direito traduz os conflitos sociais e políticos, os quais são quase sempre resolvidos em favor de quem exerce o controle efetivo do poder. A lei, enquanto expressão do poder político, geralmente enfeixado nas mãos dos detentores do poder econômico, é a materialização da ideologia da classe dominante, conquanto se reconheça que, em dado momento, regras e princípios jurídicos possam expressar valores e interesses da classe que aspira ao poder.

Da perspectiva da interpretação, o Juspositivismo termina difundindo a falsa noção de que a lei a ser interpretada é portadora de um significado autônomo que pode ser descoberto pelo intérprete, e que este descobre e revela através do texto da norma a intenção do legislador, quando não a vontade ou a intenção da própria lei. É a consagração da idéia de que a lei possui conceitos exatos, estáveis, indiscutíveis, com significados certos. Contendo a lei um sentido prévio e determinado, caberia ao intérprete desvelá-lo do seu invólucro.

O Juspositivismo, ao identificar direito e lei, considera que qualquer reflexão acerca do sentido normativo revela-se irrelevante e desnecessária. A questão relacionada à justiça ou inadequação da lei escapa ao fenômeno jurídico, não sendo problema afeto aos aplicadores do direito. Dentro dessa linha, mesmo sendo a lei injusta na sua origem, ou se injusta ou inadequada no caso em julgamento, deverá, de todo modo, ser mecanicamente aplicada. O juiz, ao aplicar a lei, exime-se, portanto, de toda e qualquer responsabilidade no estrito e estreito cumprimento de prestar a tutela jurisdicional. (AZEVEDO, 1989, p. 25).

Nessa visão, o Juspositivismo, a pretexto de garantir a segurança jurídica, pretende manietar o juiz e minimizar o papel atribuído à atividade jurisdicional. Ocorre que o juiz aplicador mecânico de normas, cujo sentido não pode aferir e cujos resultados no caso concreto não cabe investigar, não é capaz de realizar a segurança jurídica tão almejada. O juiz autômato, servo da lei e alheio à dinâmica da realidade social, pode apenas semear a perplexidade social e a descrença na função jurisdicional. (AZEVEDO, 1989, p. 25).

Em aguda crítica a esse modelo de direito, observa Dallari (1996, p. 3) que

Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.

O modelo juspositivista desconhece que a essência do direito não está no que ele é, mas no que ele vai sendo, tendo em conta sua diversidade de manifestação e sua dinâmica evolutiva. Na realidade, é irrecusável não reconhecer os aspectos prático e dinâmico do direito, na medida em que o seu sentido somente se manifesta no momento em que as normas jurídicas são experimentadas, avaliadas e aplicadas. A essência do direito reside em sua efetiva realização, posto que o “significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”. (GRAU, 2002, p. 112).

Diante desse contexto, e considerando que através da aplicação a ordem jurídica vai recebendo seus contornos e ganhando sentido ao penetrar na vida social, é necessário reconhecer que o direito é um conceito interpretativo, na medida em que tudo nele se refere à interpretação. “Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. [E a interpretação] [...] sofre decisiva influência dos pressupostos em que se apóia”. (AZEVEDO, 1989, p. 14).

É possível, então, compreender o direito como um sistema de normas situado em determinada época, dinâmico e, portanto, mutável, harmonizado por normas e por experiências jurídico-sociais, positivadas ou não. Esse sistema disciplina comportamentos e prescreve condutas e só tem significado se pensado para uma sociedade e para ordenar fenômenos sociais segundo valores predominantes em determinada época.

Sobre a idéia do direito, cabe referir o pensamento de Wolkmer (2000, p. 171), para quem o direito é a manifestação simbólica da convivência social em um determinando momento histórico que, mediante um sistema de regulamentação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade. O fenômeno jurídico, além de ser um dado histórico-social, expressa, formalmente, não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, senão ainda suas inerentes relações estruturais de poder, de segurança, de controle e de dominação.

3 O “DOGMA” DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Formulada há mais de duzentos anos, resultado da teorização feita por Montesquieu, em seu trabalho *De L'Esprit des Lois*, e que teve como base o pensamento de John Locke, exposto em sua obra intitulada *Essay on civil government*, a tripartição dos poderes foi transformada em “dogma” do sistema constitucional da Modernidade. Fundada no Racionalismo Iluminista, foi expressamente contemplada no art. 16 da **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789: “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui Constituição”.

A idéia da separação dos poderes do Estado foi utilizada pelos revolucionários franceses com a finalidade de fugir ao regime absolutista, caracterizado pela concentração de poder no monarca. O fundamento radica no pressuposto de que somente o poder controla o poder: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Objetiva fracionar o exercício do poder, atribuindo seu exercício a órgãos distintos e autônomos, a fim de que sejam fixadas garantias contra o abuso. Na essência, o poder é dividido para que apenas um só não venha a exagerar no seu exercício. Com essa tripartição, tem-se atribuído ao juiz uma função restrita e rígida, verdadeiro *bouche de la loi*.

No pensamento de Montesquieu (2002), uma divisão das funções estatais deveria corresponder a uma divisão de órgãos. Pretendeu Montesquieu, antes de enaltecer a necessidade da separação, justificar a importância de seu exercício de forma independente e harmônica, para que o equilíbrio pudesse ser preservado. Observou nas experiências históricas que “todo homem que tem poder elevado tende a abusar dele”, daí ser necessária a contenção do poder pelo poder. No sentido do texto do *Espírito das Leis*, a separação dos poderes corresponde a uma técnica de limitação de poder, de garantia de liberdades e de eliminação de abusos.

Entendeu Montesquieu (2002) que os órgãos que dispunham de forma genérica e abstrata sobre o direito, legislando, não poderiam ser os mesmos executores das leis que criavam, bem como nenhum desses órgãos poderia ter o encargo de decidir acerca dos conflitos de interesse. Deveria existir um órgão encarregado do exercício de cada uma dessas atribuições. O objetivo não era apenas de apartar funções, mas de instituir mecanismo que garantisse o exercício equilibrado e moderado do governo. Mais do que separação de poderes, sua teoria procurava uma combinação de poderes.

Mas é preciso advertir, como faz Rocha (1995, p. 12), que essa doutrina não cuida de separação de poderes. Sendo uno e indivisível, o poder não comporta fracionamento. O que existe é simples técnica para distribuir funções distintas entre órgãos diversos. Em um Estado Democrático de Direito, o poder político tem como

titular o povo e está identificado com a própria soberania, sendo impossível haver dois poderes soberanos em um único Estado. Há mera atribuição a certos órgãos de parcelas desse poder uno, de modo que cada órgão possa impor travas aos demais. Enfim, a separação de poderes significa uma divisão de funções do Estado.

Essas funções representam formas de divisão de trabalho, ditadas por razões de eficiência. Não podem ser determinadas como três funções distintas, estanques, incomunicáveis. Impossível atribuir-se a criação do direito a um órgão e a sua aplicação, a sua execução, a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente as outras funções. Mas a doutrina da separação dos poderes, conquanto originariamente proponha que o “poder freie o poder”, hoje se converteu em “dogma” ao intentar apartar política e direito. Nessa concepção, ao Parlamento competiria formular juízos políticos, ao passo que ao Judiciário caberia a mera aplicação da lei, sendo a legislação ato tipicamente de vontade e a jurisdição atividade de simples cognição.

Sendo o juiz mero “servidor da lei” ou “porta-voz da lei”, não poderia decidir por conta própria, mas declarar a vontade soberana da lei, cabendo-lhe somente declarar a decisão já adotada anteriormente pelo legislador. Não reconhecendo ao juiz exercício de nenhum poder político, a doutrina da separação dos poderes rechaça a possibilidade de acumulação, na pessoa do magistrado, das funções legislativa e jurisdicional. Essa postura termina considerando que a distribuição de justiça possa ocorrer por mero sistema dedutivo, reduzida a uma operação matemática, impessoal e desprovida de paixão. Daí a imagem da justiça representada por uma mulher com os olhos vendados, para que não veja as consequências do que faz.

Na instituição do sistema de “freios e contrapesos”, ao Judiciário compete realizar o controle jurídico das demais funções. Exerce função relevante e de grande alcance social no papel político de efetivar, em nome da sociedade, o controle sobre os demais órgãos do aparelho estatal. No desempenho dessa atividade controladora, é irrecusável que o agente do Poder Judiciário faz escolhas, assume posições, manifesta convicções. Por isso é que, controlando as opções políticas feitas pelo Parlamento ou pela Administração Pública, também exerce poder político. Desempenha, no caso concreto, a atividade que cabe ao legislador. Não é mero sujeito passivo da produção normativa, mas atua como sujeito ativo, exercendo típica atividade volitiva, e não meramente cognitiva.

O exercício da função política não encerra partidarização do Judiciário. Significa admitir que, como Poder do Estado, cabe-lhe realizar os princípios e valores albergados constitucionalmente, fazendo juízo crítico da lei para, adequando-a às exigências sociais e históricas, realizar os valores da democracia e construir uma sociedade fundada no espírito de liberdade, justiça e solidariedade. Na realidade, o “dogma” da separação dos poderes só faz negar a politicidade própria da função

jurisdicional. Ora, sendo função inerente ao Estado, não se pode deixar de admitir que a atuação de seus órgãos implica exercício de poder, sendo necessariamente política a natureza de suas funções.

Gomes (1997, p. 46-47) considera compulsória a politização do juiz, haja vista que sua atividade consiste em solucionar litígios aplicando normas, sendo estas condutoras de valores e expressão de poder. Admite que o juiz contemporâneo tornou-se integrante do “centro de produção normativa”, daí afirmar que “ele também ‘cria’ o direito”.

O Poder Judiciário, ao cumprir função política, não pode deixar de estar “politizado”. Sobre a pretensa falta de politicidade no Poder Judiciário, adverte Zaffaroni (1995, p. 94):

Admitindo-se a separação de poderes no nível especulativo ou, se se preferir, falando-se apenas de separação de funções em razão de que o poder estatal deva ser único, o certo é que sempre que se fala do judiciário se está mentalizando um ramo do governo, e até etimologicamente seria absurdo pretender que haja um ramo do governo (que não pode senão exercer um poder público, estatal) que não seja político no sentido de ‘governo da polis’. Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes — ou funções, se se preferir — nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso.

Nesse papel político do Judiciário, importa aceitar que o juiz exerce nítida função criadora e transformadora do direito. Eis que o ato de julgar não se resume à reprodução das escolhas do legislador, cabendo ao juiz, através do sopesamento de bens, valoração da norma, reavaliação das opções legislativas, criar a norma individual e concreta, que, embora pautada na ordem jurídica, implica na criação de direito *ex novo*.

De outra forma, é necessário compreender a doutrina da tripartição dos poderes a partir das profundas modificações ocorridas no Estado contemporâneo, que alteraram significativamente seu perfil, suas atribuições e sua forma de atuação. A sociedade contemporânea é multifacetada e fragmentária, com demandas múltiplas a exigir satisfação pelo poder público. Agiganta-se o Estado, ampliam-se as atribuições estatais, transformam-se as formas de realização dos seus serviços, passa o Estado

ocupar-se de muitas atividades, em diversos segmentos, estabelecendo a política econômica e realizando serviços antes entregues à iniciativa privada. Expande na mesma proporção a atividade legislativa, sendo o legislador chamado a interferir em tudo, usando a lei em profusão para atender à pressão dos acontecimentos, muitas vezes mal redigidas, conflituosas e para soluções contingenciais.

Na execução dessa gama de atividades administrativas e legislativas, o Estado muitas vezes excede os limites dentro dos quais deve atuar, violando direitos. Como o controle dessas atividades cabe ao Judiciário, este também passa a sofrer de “gigantismo”, alargando suas funções, incorporando novas exigências e assumindo maior relevo no controle das ações do Estado e da própria realização do projeto constitucional. Diante desse quadro, o Poder Judiciário

não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um ‘governo de juízes’, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder. (DOBROWOLSKI, 1995, p. 99).

Em realidade, o “dogma” da separação dos poderes busca a neutralização política do Judiciário e, desse modo, mostra-se inadequado à realidade jurídico-política contemporânea. Para Decugis (*apud* WOLKMER, 2000, p. 184), “no seu conjunto o princípio da separação dos poderes está hoje em regressão acentuada, como uma consequência necessária do abandono do regime individualista”. Segundo Wolkmer (2000, p. 187),

evidenciado está que a perenidade e harmonia da concepção dos três poderes se constitui hoje num autêntico discurso retórico, onde, no contexto de suas articulações funcionais, o Judiciário, embevecido pelo aparato de suas mistificações formalísticas e desprovido de autonomia, não cristaliza mais a clássica neutralização de postura, mas transmuta-se em canal mediador de conflitos.

4 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

Hoje, está cada vez mais sedimentada a idéia de reconhecer à jurisprudência a qualidade de fonte do direito. E isso se deu a partir da superação da idéia de que o ato judicial, ao resolver a lide, nada cria, existindo, na atualidade, a compreensão de que a autêntica criação do direito se dá muito mais a partir das interpretações judiciais do que propriamente através da atividade legislativa. “O que sempre tem ocorrido é

que as pessoas encarregadas de aplicar o direito puderam variá-lo ou alterá-lo, mesmo sem se dar conta disso”. (BRUTAU, 1978, p 44).

Para examinar a jurisprudência enquanto fonte do direito, é necessário definir em que sentido a expressão pode ser considerada. Denomina-se geralmente jurisprudência ao “conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito”. (MAXIMILIANO, 1991, p. 176). Mas o termo abrange outros significados. Pode ser compreendido como toda a ciência do Direito, nos seus aspectos teóricos e práticos; pode significar o conjunto de manifestações dos jurisconsultos; também pode tomar o significado de doutrina jurídica; ainda pode representar o complexo de manifestações de juízes e tribunais acerca de causas sujeitas a julgamento. Aqui, a expressão tem o sentido de conjunto de decisões proferidas pelos órgãos encarregados do exercício da jurisdição, ainda que não sejam uniformes e reiteradas.

Se o juiz desempenha um papel ativo na atividade interpretativa, conforme anteriormente assentado, como consequência natural do exercício do poder de decidir em que se encontra investido, faz da jurisprudência uma fonte do direito.

Na realidade, as fontes do direito nada mais são do que estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo. O poder de decidir, devidamente normatizado, não é outro se não o poder de criar norma jurídica, que se constitui no conteúdo da fonte do direito.

Assim, o poder de decidir é da essência da fonte do direito, que varia, em suas modalidades, em função das formas do poder de decidir. Há a fonte legal do direito, que é resultante do poder estatal de legislar; a fonte consuetudinária, que é expressão do poder social inerente à coletividade; a fonte negocial, que está ligada ao poder de vontade das partes; e a fonte jurisdicional, que se vincula ao poder judicial e se expressa através de sentença de vários graus e extensão.

Nessas circunstâncias, criando normas novas, ou não, destinadas a reger as situações de conflito na sociedade, a jurisprudência é sempre fonte criadora de direito, as suas regras integrando, com diferentes graus de eficácia, o ordenamento jurídico nacional. É claro que, nesse contexto, o juiz atua sempre a partir de uma regra ou de um princípio, consagrados no ordenamento jurídico, numa compreensão de que toda norma tem um caráter estrutural, na medida em que pode servir de suporte para a criação de outras normas jurídicas.

É certo que, nesse quadro, a jurisprudência não cria o direito no sentido de extraí-lo do nada para conferir existência jurídica; mas o faz na medida em que formula a norma a regular o conflito.

É irrecusável, então, admitir que os tribunais e juízes não são meros intérpretes-aplicadores do direito e que não fazem somente declarar o direito existente. São partícipes da atividade legislativa, dando contornos à ordem jurídica para superar o caráter geral, abstrato e teórico das normas, a fim de atribuir-lhes significação específica, concreta e prática. A lei, como produto inacabado, está sempre a exigir a atividade interpretativa, que mediará o espaço que há entre a generalidade da lei e a especificidade dos fatos, impondo sempre atuação criativa do agente da interpretação/aplicação.

O próprio legislador se vê obrigado a adotar conceitos de conteúdo muito amplo, impondo a existência de normas com flexibilidade e plasticidade acentuadas, geralmente para atender os múltiplos e até contraditórios interesses que permeiam a sociedade. Na verdade, “as formulações jurídicas positivas, e como todo sistema embora aparentemente fechado, tem em realidade válvulas e seus meios naturais de renovação, de transformação e de crescimento”. (DEL VECCHIO *apud* SPOTA, 1985, p. 39). Essa largueza, ao dar maior flexibilidade ao direito, termina ampliando o espaço de formulação da decisão judicial, assegurando o desenvolvimento do sistema jurídico.

De acordo com Spota (1985, p. 11), “a jurisprudência tende a configurar o direito ‘vivo’, isto é, o que em verdade regula as relações jurídicas, ordena, permite ou proíbe.” Impossível não reconhecer que a jurisprudência é criadora de direito, quer seja qualificada como fonte formal, quer se considere como simples fonte material, ou, ainda, quer seja considerada um simples fato com notável valor axiológico. É a jurisprudência que dá robustez e vigor à lei, atuando diretamente no processo de elaboração do direito vivo. Cumpre o importante papel de elaborar o novo direito ao redor das leis, realizando a função de impedir que o processo de cristalização do direito provoque o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que de fato vige, procurando diminuir a diferença entre a lei e a justiça.

Constata-se que a atualização do direito através do legislador faz-se de forma muito lenta, na medida em que a intervenção legislativa ocorre apenas quando as circunstâncias o exigem, fazendo com que a lei quase sempre chegue tarde, imposta pela dinâmica da realidade social. Em face do natural distanciamento que se opera em um dado momento entre a lei e a autêntica vida do direito é que se explica que advogados sustentem teses opostas ou que os juízes, usando o mesmo fundamento em casos diversos, profiram decisões a toda evidência opostas.

Deve, então, a jurisprudência atuar eficazmente para aperfeiçoar e atualizar as leis, evitando que o direito legislado transforme-se em um sistema rígido que termine oprimindo a sociedade e impedindo seu desenvolvimento no caminho do bem comum e da realização da justiça. Desse modo, na medida em que se assegura

a evolução criadora da jurisprudência, muito mais próximo estará a lei do direito vivo, fluente, flexível, que não se cristaliza e assim não se aparta da autêntica vida jurídica. Por isso, deve o juiz recusar a função de mero julgador mecânico, aplicador autômato que separa o direito da realidade social.

A jurisprudência, pois, deve ser considerada fonte do direito na medida em que se admite que, tendo o juiz, agente do processo criador do direito, jurisdição e competência, suas decisões virão carregadas de conteúdo atributivo de direitos. Ao dizer o direito, o juiz está, portanto, criando o direito, porque dele, como de uma fonte, brota um ato atributivo de direito, que é ato de criação enquanto componente de um processo que gera a norma como **relação de aproximação** entre o indivíduo e o meio social, de um lado, e entre o direito vigente e a justiça, de outro. (SOUZA, 1991, p. 38).

Quando se pretende conhecer um dado sistema jurídico, é necessário examinar muito além da legislação. Indispensável buscar nas respectivas interpretações oferecidas pelos tribunais o sentido normativo, haja vista que é através das decisões judiciais que o direito legislado recebe seus contornos, obtendo o necessário progresso. E é assim em razão de o legislador não possuir o monopólio da criação do direito, na medida em que o direito porvém do pluralismo de fontes, abrangendo a jurisprudência, à qual já se atribuiu a condição de fonte mais autêntica do direito.

Conquanto seja fonte de direito, não se pode atribuir à jurisprudência força vinculante. Impor aos juízes coercitivamente a observância estrita de certa interpretação do texto da lei, elaborada por órgão jurisdicional de instância superior, além de fazer tábula rasa da independência judicial, aniquila a criatividade dos juízes, produzindo o engessamento do sistema jurídico, podando a capacidade natural de formação do direito através da jurisprudência. Além de centralizar a produção jurídica na cúpula dos tribunais, provoca “o estancamento da atividade judicial, sua robotização, seu garroteamento, sua esterilização, fossilização ou coisa que o valha.” (GOMES, 1997, p. 218).

Por sua vez, a jurisprudência também não pode substituir ou dispensar a atividade do intérprete/aplicador. Há o risco de a jurisprudência constante e uniforme, tal como ocorre com a lei, adquirir uma “ossificação”, impedindo a evolução do direito. Passa, então, a ser copiada, imitada e reproduzida mecanicamente, sendo respeitada apenas porque é a jurisprudência predominante. “É preciso então que a jurisprudência, tendo evoluído contra a lei, continue a evoluir contra si mesma”. (CRUET, 1956, p. 69).

De outra forma, a utilização acrítica da jurisprudência, sem discutir as especificidades do caso em julgamento, poderá conduzir ao próprio engessamento

do direito, fazendo com que os juízes, por comodismo ou por temor reverencial aos tribunais, com o receio de terem suas decisões modificadas, terminem adotando o entendimento sedimentado em jurisprudência, sem discutir se a solução é a que melhor atende às exigências de justiça.

Em conclusão parcial, é possível reconhecer que a hostilidade em relação à atividade de interpretação e conseqüente criação do direito através da jurisprudência, já foi maior. Hoje, o que era tido como proibido, por importar usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, parece ter se incorporado como realidade inafastável, sendo a atividade judicial importante instrumento de atualização das leis e criação do direito. O debate então, admitido o papel criativo da atividade interpretativa, deve observar outros parâmetros. Cabe, então, investigar os limites da atividade criativa dos juízes, a busca da solução justa nas várias possibilidades interpretativas e o fundamento democrático do direito judicial.

5 LIMITES DA CRIATIVIDADE JUDICIAL

Cumpra então estabelecer os limites do poder criativo do juiz. Com efeito, segundo Cappelletti (1999, p. 23), o reconhecimento de certo grau de criação judicial do direito “não deve ser confundido com a afirmação de **total liberdade** do intérprete. Discrecionariade não quer dizer necessariamente arbitrariedade; e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente livre de vínculos”.

Quando se afirma a criatividade judicial, não se pretende substituir o arbítrio do legislador pelo arbítrio do juiz. Na realidade, nem um nem outro é inteiramente livre. O legislador está determinado pelas circunstâncias históricas, pelos compromissos partidários e eleitorais, pelo controle que deve exercer a sociedade e pelos próprios limites fixados pelo jogo político. De outra parte, o juiz está igualmente limitado, pois, além de considerar o ordenamento, terá também que expressar a consciência da sociedade e suas decisões sofrem o controle da comunidade jurídica. (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 16).

Sobre a distinção entre os limites impostos ao legislador e ao julgador, manifesta-se Cappelletti (1999, p. 26-27):

O legislador se depara com limites substanciais usualmente *menos freqüentes e menos precisos* que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz. (grifo nosso).

A vinculação do juiz no ato de julgar é maior do que aquela imposta ao legislador porque o processo de criação judicial está sujeito a limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que a sentença fundada na lei é “uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (KELSEN, 1999, p. 469).

No pensamento de Cappelletti (1999, p. 25), há três balizamentos fundamentais à criatividade do julgador: a vinculação à lei, à diversidade fática e ao bom senso. A criatividade não significa “direito livre”, mas sujeição a limites substanciais que, em grau maior ou menor, vinculam o juiz, conquanto “nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”.

O certo é que o juiz não cria a norma arbitrariamente, a partir de suas preferências pessoais, mas com base, objetivamente falando, na matéria prima do caso concreto. Desse modo, as duas grandes balizas da criação do direito pelo juiz são, de um lado, o ordenamento jurídico; do outro, o caso concreto. O juiz não pode criar a norma contra o ordenamento, nem afrontar o caso concreto com uma decisão que não lhe dê uma solução justa.

Afinal, o ato de criação judicial do direito é um ato de concreção da generalidade do ordenamento jurídico à particularidade do caso concreto. “O juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto”. (COELHO, 1997, p. 43). Numa palavra, individualização da generalidade, sem o que não terá cumprido o seu papel como agente estatal constituído como juiz natural para a resolução dos conflitos ocorrentes na sociedade.

Na identificação dos limites no trabalho interpretativo do juiz, observa Aguiar Júnior (1989, p. 17) que

o intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no âmbito social em que vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los.

Conquanto vinculado ao ordenamento, o juiz tem enorme potencial prospectivo e transformador do direito. Nesse sentido a lição de Barroso (2001, p. 283):

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido,

sempre que possa *motivadamente* demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei — não do direito! —, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever.

Além desses limites substanciais, há meios de controle formal da atividade judicial, constituindo balizamentos à criatividade. O processo legislativo também está sujeito a certos controles formais, porém diversos daqueles fixados para o processo jurisdicional. Quanto a este, existem princípios consagrados que podem ser reconduzidos à fórmula do *due process of law*, representando resistentes barreiras ao arbítrio. Dentre esses princípios, cabe referir os seguintes: independência judicial, imparcialidade do julgador, inércia da jurisdição, igualdade processual, contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos processuais, exigência de motivação das decisões e duplo grau de jurisdição.

Colocados os limites substanciais e processuais à criatividade, é inevitável reconhecer que há diferenças importantes entre a criação do direito realizada pelo legislador e aquela realizada pelo juiz. Por sua própria natureza, a criação judicial é mais limitada e essa restrição opera-se por duas razões, quais sejam: a criação judicial realiza-se sempre através de um caso concreto, enquanto a criação pelo legislador é realizada de forma mais abstrata e geral; a decisão judicial tem em regra eficácia limitada às partes do processo, sujeitando-se a todos os mecanismos de controle formal já referidos.

6 A SOLUÇÃO JUSTA NAS DIVERSAS POSSIBILIDADES INTERPRETATIVAS

Na interpretação, não há uma única resposta correta para todas as situações jurídicas. Mesmo considerando que os juízes estão sujeitos a limites formais e substanciais, ainda assim no processo argumentativo o intérprete encontra-se diante de muitas possibilidades e terá que fazer a escolha de uma dentre as diversas interpretações. Essa idéia está em Kelsen (1999), para quem a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas considerando várias possibilidades.

A concepção que nega a existência de uma única resposta correta é desenvolvida por Grau (2002, p. 88), ao sustentar que o intérprete atua de acordo com a lógica da preferência. Daí compreender que interpretar significa eleger uma dentre várias interpretações possíveis, de tal sorte que a decisão seja entendida como a mais adequada. No dizer desse autor, “a norma não é objeto de *demonstração*, mas

de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução”.

Ora, se a interpretação coloca o juiz diante da eleição de uma solução dentre as várias alternativas possíveis, surge a questão acerca da justificação da escolha realizada. O primeiro compromisso do juiz é com a justiça. Seu dever é encontrar a solução que considera mais justa no caso concreto. Na realidade, a idéia do justo não é estabelecida *a priori*, não é algo que preexista na lei. O justo surge do caso concreto. E, então, para demonstrar que a decisão é justa e que não decorreu de puro arbítrio judicial, é indispensável que seja apresentada a partir de uma interpretação adequada e corretamente justificada.

Essa exigência de justificação decorre de, na sociedade moderna, não se exigir apenas decisões fundadas em argumento de autoridade ou que estejam formalmente fundamentadas. A formulação de razões adequadas constitui exigência democrática, condição de legitimação e instrumento de controle social, servindo também como pressuposto essencial para que o julgador adquira credibilidade e para convencimento da justiça na decisão.

Mas a justificação não pode basear-se em quaisquer argumentos. Impõem-se boas razões argumentativas e justificativas que conduzam à razoabilidade da decisão, gerando, conseqüentemente, sua aceitação. A racionalidade é obtida através de um procedimento discursivo, do qual devem participar ativamente todos aqueles que serão afetados pelo resultado da decisão, sendo necessário assegurar, através de regras previamente definidas, as formas de atuação, de sorte que todas as posições relevantes e realizáveis sejam consideradas.

Desse modo, é na aceitabilidade racional do discurso jurídico que reside o centro do debate em torno da interpretação. O problema da determinação do modo como será possível ao juiz chegar à decisão justa no caso concreto, com a ajuda da lei, ou porventura sem ela, constitui a questão nuclear na decisão dos litígios. Decisivo, portanto, é saber por que meios, diante dos que se lhe apresentam, encontra o juiz a decisão justa no caso concreto.

Sobre a busca da solução justa, escreve Perelman (2000, p. 114), observando que tal solução

não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. É bem raro, de fato, que haja apenas um modo de conceber a legalidade de uma solução: será antes a idéia prévia daquilo que constituirá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em sua busca de uma motivação juridicamente satisfatória.

Tem razão Perelman (2000), ao advertir que a enumeração de métodos de interpretação de textos, o recurso aos precedentes e aos princípios, aos fins e aos valores que o legislador trata de promover e proteger, todo esse arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, pois nenhum sistema estabelecido pode indicar-, em um caso concreto, a que método de raciocínio deve recorrer, se deve aplicar a lei literalmente, ou pelo contrário, restringir ou estender o seu alcance.

Mas deve haver, por parte do julgador, um procedimento racionalmente controlável e graduável, com a concretização e especificação das diretrizes a serem seguidas bem como com a adoção de critérios de valoração que lhe são previamente dados pela lei. Deve, outrossim, volver à jurisprudência, tendo em vista a situação de fato a julgar. É, portanto, necessário que precise e complemente, ponto por ponto, a situação fática, tomando em consideração os pontos de vista jurídicos que ache eventualmente adequados, na justa medida e até o ponto em que nada mais se ofereça para uma decisão justa do caso.

As leis têm de ser interpretadas e complementadas à luz do que é reconhecido como eticamente justo. O juiz deve, passo a passo, usando juízos de valor, encontrar as idéias de justiça à luz do caso a decidir. Na realidade, a aplicação do direito e a passagem da regra abstrata ao caso concreto não constituem simples processos dedutivos, mas uma adaptação constante das disposições legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.

O certo é que nenhuma operação intelectual, mesmo elementar, do trabalho jurídico pode ser compreendida sem juízos de valor. Não são juízos irrevogáveis, irrefragáveis ou absolutos, mas aqueles que têm de se sustentar no decurso da atividade do magistrado e em face da elaboração da decisão tomada como justa e assim aceitável, isto é, suscetível de consenso. Deve existir um tratamento idêntico para aquilo que deve ser idênticamente valorado, a mesma consideração para todos os casos similares.

De outra parte, a norma, descrevendo com precisão, estabelece, destarte, o que deve ser juridicamente como igual e impõe, para cada situação de fato da mesma espécie, idêntica consequência jurídica. No entanto, a norma não está patente na lei, mas se cuida de uma norma que o próprio juiz constrói, ainda que adotando como parâmetro o texto normativo, na perspectiva do caso a decidir. Essa norma é a verdadeira norma de decisão.

E aqui cabe trazer a lição de Grau (2002, p. 73), para quem o intérprete exerce o relevante papel de produzir a norma de decisão, haja vista que a norma resulta da interpretação, sendo o significado do texto resultado da tarefa interpretativa. Portanto, é possível afirmar que o resultado da interpretação, a norma do caso concreto, construída a partir do texto, situada em um contexto, traduz algo de novo. Mas convém deixar

claro que, na fundamentação da decisão, na busca da justiça do caso concreto, o juiz não pode partir de idéias pré-concebidas para definir os critérios de justiça. “O reinado do caso concreto é que afirmará se tal comportamento é ou não justo”. (CARVALHO, 1992, p. 29).

O certo é que, na busca da solução justa do caso concreto, o juiz encontra-se diante de várias possibilidades interpretativas. Mas a decisão justa haverá de ser aquela justificada racionalmente, através de um processo argumentativo, exigindo, além desse aspecto, que a decisão seja aceitável, o que somente ocorre quando a solução do caso concreto responde ao sistema de valores da comunidade jurídica e às expectativas da sociedade.

7 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO JUDICIAL

Contra a criatividade judicial lançam-se freqüentes ataques porque seria antidemocrática, na medida em que os juízes não estariam obrigados a “prestar contas” das decisões que adotam à população ou a seus representantes. Desse modo, não sendo eleitos pelo sufrágio universal nem sujeitos a controles próprios da democracia representativa, os juízes sofreriam um déficit de legitimação democrática, disso resultando o questionamento acerca do fundamento democrático do direito criado judicialmente.

Afirmar a legitimidade do direito importa reconhecer que seja merecedor de aceitação, pressupondo, portanto, que seja criado democraticamente. Enganam-se os que negam a legitimidade do direito judicial na idéia de que a jurisdição não possui suporte democrático. É equivocada a assertiva de que a legitimação democrática residiria na eleição direta dos juízes. Com efeito, segundo observa Gomes (1997, p. 120), o Poder Constituinte Originário concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa e a legal. Quanto aos juízes, o Constituinte fez opção pela legitimação legal, dispondo que, além de não serem escolhidos por sufrágio direto, estariam proibidos do exercício de qualquer atividade político-partidária.

Na advertência de Ferrajoli (1992 *apud* GOMES, 1997, p. 120), a legitimação do Poder Judiciário é estruturalmente diversa daquela reservada aos outros poderes do Estado, não tendo relação com a vontade nem com a opinião da maioria. Ferrajoli concebe duas formas de legitimação: a formal e a substancial. Aquela assentada no princípio da legalidade e da sujeição do juiz à lei e à constituição; esta na função e capacidade de o juiz garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Na realidade, a legitimação política, pela circunstância de ser representativa, não significa que é mais importante ou que esteja em posição hierárquica superior à legitimação judicial. Tanto a legitimação representativa dos Poderes Executivo e

Legislativo como a legitimação legal do Judiciário foram concebidas pelo Constituinte e estão previstas na CF/88. As duas formas de legitimação, por opção constitucional, possuem a mesma dignidade e encontram-se no mesmo patamar constitucional. “Não cabe discutir, assim, qual das duas legitimações é mais democrática: ambas o são”. (GOMES, 1997, p. 122).

Cappelletti (1999, p. 94) refuta os ataques ao suposto *deficit* de legitimidade democrática do direito judicial, argumentando que a obtenção do consenso dos governados pelas funções legislativa e executiva nunca constituiu, diferentemente do Judiciário, perfeito modelo de democracia representativa. Mas isso não dispensa o esforço contínuo para salvaguardar a legitimidade democrática e representativa de todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial.

Esse autor lembra ser extremamente longo e sutil o fio que conduz o voto dado pelo cidadão para a eleição dos membros do parlamento ou para as funções executivas às numerosas decisões proferidas pelas autoridades públicas, que decidem sobre as esferas das pessoas. No dizer de Cappelletti (1999), é necessária muita força imaginativa para supor que tais decisões estejam baseadas numa lei que os cidadãos as tenham autorizado. A decisão adotada não significa a vontade da maioria, mas simboliza, freqüentemente, o compromisso com grupos organizados de interesse.

Apesar de não eleitos, os juízes são geralmente chamados a explicar, por escrito e publicamente, as razões de suas decisões, obrigação esta que, no Brasil, foi elevada à categoria de garantia constitucional (CF/88, art. 93, IX). Essa prática constitui esforço contínuo de convencimento quanto à legitimidade das decisões judiciais. Servem para demonstrar que os julgamentos não resultam de capricho, idiossincrasias ou predileções subjetivas dos julgadores, representando o empenho de decidir com os sentimentos de equidade e justiça da comunidade. (CAPPELLETTI, 1999, p. 98).

Com esse procedimento os “tribunais sujeitam-se a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 98).

Mas certamente a legitimação é bastante facilitada através da garantia de participação efetiva de todos os interessados. “É essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 100). E isso se faz através do processo. Com efeito, este constitui instrumento para o exercício do poder. E para que o poder seja legitimado socialmente, deve assegurar a possibilidade de participação efetiva e adequada de todos os destinatários dos seus efeitos. A participação democrática faz-se através do procedimento, realizado

em contraditório, de modo a permitir a cooperação dos litigantes para a tomada de decisão.

A legitimação do direito judicial, através do procedimento, exige a plena e efetiva participação em contraditório. A participação depende da existência do contraditório efetivo, com paridade de armas, que pressupõe informação e possibilidade de reação e serve para legitimar a decisão. Destarte, quem acusa a atividade judicial de antidemocrática, de acordo com Gomes (1997, p. 123), desconhece

a própria natureza dialética da função jurisdicional, que é uma das últimas do Estado moderno cujo pão de cada dia é o *diálogo*, é o prestar atenção e escutar, a difícil arte de poder escutar!, e sopesar as diversas opiniões assim como os argumentos dos que participam do processo, cumprindo o princípio contraditório.

A criatividade judicial é inevitável e legítima, e o problema real e concreto é o do limite dessa criatividade, portanto, de definição de restrições. Em arremate, a legitimação da função judicante é distinta daquela dos demais poderes, haja vista que essa legitimidade “não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 104).

8 CONCLUSÃO

Em razão de tudo quanto foi exposto, parece ter ficado claro que o direito não pode ser pensado como algo estático, imutável e que contém um ser objetivo. Deve ser concebido como meio dinâmico que é permanentemente constituído pela experiência social. Sua essência não está no que é, mas no que vai sendo. Surge constantemente na sua diversidade e na sua dinâmica evolutiva, emergindo como um conceito interpretativo, na medida em que a lei não possui um significado objetivo, haja vista que o seu significado vem de fora e é atribuído pelo intérprete.

A pretensão do Juspositivismo legalista de realizar a identificação entre direito e norma terminou gerando um afastamento da realidade social, desconsiderando os fins ou os interesses concretos que dinamizam essa realidade, provocando o fenômeno da despolitização do direito. Essa concepção de um direito despolitizado provocou a necessidade de superação da metodologia tradicional de interpretação, impondo o reconhecimento do papel do juiz como agente criador do direito e partícipe da realidade.

Nesse quadro, indispensável a superação do pensamento jurídico dogmático, em que o direito é estudado como mera descrição de normas e estruturado a partir de dogmas aceitos acriticamente. Essa superação opera-se pela adoção de um pensamento jurídico crítico, desmistificador do discurso dogmático tradicional, procurando dar um novo enfoque ao direito, em que este passa a ser estudado de forma interdisciplinar, indo muito além das normas, adentrando nos seus fundamentos. Sobressai então a figura do juiz, que de mero *bouche de la loi* passou a agente criador do direito, ocupando uma função ativa e de criação e não mais passiva e de mera aplicação.

Nesse novo contexto, torna-se inconcebível a idéia de que o magistrado realiza atividade secundária, neutra, desprovida de vontade, como se fosse um autômato, limitando-se a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”. A interpretação jurídica deixa de ser compreendida como a mera revelação de um sentido prévio e acabado da norma, passando a ser entendida como um processo dirigido a dotar a norma de significado.

O juiz atua como protagonista do fenômeno jurídico e sua função é necessariamente criadora. Essa situação decorreu da transformação das atribuições do direito e do Estado nas sociedades modernas, em face das enormes atribuições assumidas pelo poder público. Os Poderes Legislativo e Executivo ampliaram suas atribuições, exigindo também correspondente crescimento das funções do Poder Judiciário. Este passou a constituir meio de frear as arbitrariedades dos demais poderes e de garantia de realização dos direitos, não podendo, nesse mister, apequenar-se.

No entanto, o “dogma” da separação dos poderes gerou um Judiciário débil e restrito a questões secundárias, consentindo no descontrole dos outros poderes. Necessário então a superação desse “dogma”, a fim de que o Judiciário assumira na plenitude sua função política no sistema de *checks and balances* e possa atuar ativamente dentro da realidade jurídico-política contemporânea.

Mudando o papel do Estado e a função do direito, nesse novo cenário impõe-se o reconhecimento de um papel mais ativista, prospectivo e transformador do juiz. Este e, por extensão, o Judiciário, não podem se tornar agentes de injustiças só porque as leis são injustas. Assim, o juiz acabaria por alienar-se na função de operário do direito, sem ao menos ter a consciência de tal situação. O juiz deve ter a responsabilidade pelos resultados de suas decisões, conhecendo as conseqüências que provoca na sociedade.

Na realidade, o juiz é o grande crítico da lei; ele não pode ater-se ao Positivismo legalista. Cumpre-lhe criar a norma adequada para o caso concreto, mas a norma alternativa não é aventura ou opinião pessoal do magistrado. A atividade

judicial ultrapassa, pois, os limites da mera aplicação silogística, baseada no raciocínio lógico-formal, sendo também fonte criadora do direito.

A sociedade está em constante mudança e é evidente que tais mudanças ocorrem em uma velocidade muito maior do que a do ordenamento jurídico, daí ser indispensável assegurar a dinamização e a vivificação do direito. Se as realidades sociais mudam, o direito não pode permanecer invariável. Assim, cabe à jurisprudência, autêntica fonte do direito, através de sua função criadora, garantir dinâmica, movimento, atualidade e vida ao direito.

É preciso, admitida a criatividade judicial, identificar os limites e a legitimidade da criação do direito através da jurisprudência. É certo também que a interpretação oferece vários resultados possíveis e diante dessas múltiplas possibilidades surge a problemática do procedimento a ser observado pelo juiz na busca da decisão justa, no caso concreto.

Quando se afirma que “*la función judicial es siempre y necesariamente creadora*” (SICHES, 1956, p. 202), não se pretende sustentar a total liberdade do juiz, porquanto, ao decidir criativamente, com liberdade de escolha, com algum grau de discricionariedade, isso não importa admitir que o juiz decida arbitrariamente. O juiz, conquanto criador do direito, “não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses” (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 17).

Toda decisão judicial está sujeita a limites processuais e substanciais, criados pelo próprio sistema jurídico, dos quais não pode afastar-se o julgador, sob pena de enveredar pelos escaninhos da arbitrariedade e do subjetivismo. Do ponto de vista processual, o julgador tem sua atuação demarcada pelo *due process of law*, cláusula que condensa todas as garantias e princípios processuais. Da perspectiva substancial, o juiz sujeita-se aos valores, princípios e regras do ordenamento que inspiram o direito, mas é sobretudo o caso concreto que limita a criatividade judicial.

Como proclama Cappelletti (1999, p. 25-26), também é verdade que existe a fronteira do bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação dos precedentes judiciais quanto no do direito legislado, porque também as palavras, não raro, possuem um significado tão geralmente aceito que mesmo o juiz mais criativo e sem preconceitos, terá dificuldade em ignorá-lo.

A criação judicial do direito move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente a estabelecer esses quadros. O alcance do direito judicial é, por esta sua própria natureza, limitado. Assim, a atividade de criação do direito encontra seus limites; ela não pode tudo. Embora se reconheça ao juiz o poder de criação do direito, isso não importa

admitir a criação com caráter de generalidade e de abstração, mas a título de solução concreta e individual.

Ademais, nenhuma interpretação se realiza no vazio, pois se trata de atividade devidamente contextualizada, ou ainda, social e historicamente determinada, de modo que o significado de cada palavra não é algo imutável, dependendo da função que ela exerce em determinado contexto histórico, servindo, portanto, de diretriz para o intérprete no momento da aplicação.

De outro modo, na interpretação não há uma única resposta correta, daí a atividade do julgador implicar uma opção pela alternativa que satisfaz as exigências de razoabilidade, aceitabilidade e, sobretudo, de justiça. Para demonstrar que a decisão é justa, razoável e aceitável, é necessário que seja apresentada de forma adequadamente justificada, exigindo-se, para tanto, a observância de um procedimento discursivo, sem qualquer relação com o raciocínio tradicional.

O justo não é algo pré-concebido, existente *a priori*. A idéia de justiça somente pode ser concebida a partir do caso concreto, devendo o julgador, ao escolher uma dentre as muitas opções interpretativas, levar em conta a realidade do caso em julgamento, procurando criar uma norma que assegure um resultado justo, somente alcançável quando responde ao conjunto de valores da sociedade, justificada racionalmente através de um processo argumentativo.

Quanto à legitimidade da função judicial, parece superada a idéia do Positivismo Jurídico, segundo a qual a legitimidade do juiz está justificada pelo fato dele ser um “mecânico aplicador das leis”, promulgadas de acordo com a vontade dos eleitores. Esta forma é inconsistente e antidemocrática, porque, em tese, retira do julgador o poder criativo inerente à sua função. Outra forma de legitimação seria submeter os juízes à eleição popular, mas isso comprometeria a sua independência e imparcialidade, porque não se pode dar, nem exigir deles, juízes, o mesmo tratamento e forma de trabalhar dos integrantes dos demais poderes.

Na realidade, conforme observa Rocha ([19—]), a legitimação democrática do direito judicial resulta de duas fontes: a de natureza material, que decorre do compromisso moral do juiz com a atuação dos valores, princípios e regras materiais da Constituição; e a de natureza formal, decorrente da sujeição dos juízes aos princípios e regras processuais em sua atividade, sobretudo aos princípios constitucionais, como o devido processo legal, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões. Sendo assim, resta inegável a legitimidade da criação judicial do direito.

Finalizando, é inarredável a conclusão de que “la fonction créative et normative du juge est une fonction légitime et nécessaire” (BELAID, 1974, p. 6), cabendo ao juiz a criação do direito para que este tenha dinamismo, movimento,

atualidade e vida e atue de forma prospectiva e transformadora de tal modo a garantir que o direito esteja “efetivamente engajado na construção de um mundo mais humano”. (COELHO, 1981, p. 340).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Interpretação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, RS, ano 16, n. 45, p. 7-14, 1989.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- _____. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BELAID, Sadok. **Essais sur le pouvoir créateur et normatif du juge**. Paris: L.G.D.J., 1974.
- BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977.
- _____. As origens processuais do direito substantivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, RS, ano 5, n. 13, p. 33-50, jul.1978.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- _____. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Consulex- Rev. jurídica**, Brasília, DF, n. 7, 31 jul. 1997.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- COELHO, Luiz Fernando . **Teoria crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Salvador: Livraria Progresso, 1956.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil 1**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Seqüência**, Florianópolis, SC, ano 16, n. 31, p. 92-100, dez. 1995.
- FERNANDEZ, Alberto Vicente. **Función creadora Del juez**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** São Paulo: Brasiliense, 2000.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do Direito**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1966.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo, Martin Claret, 2002.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, José Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Poder Judiciário: o que conservar e o que inovar. **Revista de Direito Processual Civil**, [S. l.]: Gênesis, [19- -].

SANCHÍS, Luis Prieto. **Ideologia y interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Technos, 1993.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1956.

SOUZA, José Guilmerme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.